



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

PAULO VICTOR RIBEIRO LOPES

**AS AÇÕES CONTROLADAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO
PARA O ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Brasília

2017

PAULO VICTOR RIBEIRO LOPES

**AS AÇÕES CONTROLADAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO
PARA O ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientadora: Prof.^a Carolina Costa Ferreira

Brasília

2017

PAULO VICTOR RIBEIRO LOPES

**AS AÇÕES CONTROLADAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO
PARA O ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Brasília, 2017.

Banca Examinadora

Professora Carolina Costa Ferreira

Professor Antonio Henrique Graciano Suxberger

Professor Lasaro Moreira da Silva

RESUMO

O crime organizado é um fenômeno em constante crescimento, que vem tomando espaço na legislação brasileira, ante ao cenário internacional de repressão às drogas e ao terrorismo. Diante disso, houve a necessidade de implementação de mecanismos de alta eficiência para que este instituto seja combatido de forma eficaz. Um desses mecanismos que colaboram para a investigação de organizações criminosas é o flagrante especial conhecido como ação controlada, que é utilizado para a coleta de provas, visando não só prender em flagrante os membros considerados de baixo escalão desses grupos, como também, principalmente, seus líderes. Assim, o trabalho apresenta discussões doutrinárias sobre o conceito de organização criminosa, que gerava grande confusão até o advento da legislação que norteia esse grupo atualmente, bem como legislações, julgados e fundamentações doutrinárias que cercam a ação controlada como técnica de combate ao crime organizado. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é mostrar que a ação controlada é um meio de obtenção de prova legítima e eficiente, utilizada para identificar o maior número possível de envolvidos, e principalmente, os cabeças dessas organizações, tendo como finalidade encerrar suas ações criminosas completamente.

Palavras-chave: Ação controlada. Entrega vigiada. Flagrante. Organizações criminosas. Meio de obtenção de provas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	7
1.1 A antiga lei brasileira de crime organizado – Lei nº 9.034/1995	8
1.2 A Convenção de Palermo	10
1.3 O conceito de organização criminosa à luz da Lei nº 12.850/13	16
2 DA AÇÃO CONTROLADA	19
2.1 Flagrante	20
2.1.1 Natureza jurídica da prisão em flagrante	21
2.1.2 Modalidades de flagrante	23
2.1.2.1 <i>Flagrante Próprio</i>	23
2.1.2.2 <i>Flagrante Impróprio</i>	24
2.1.2.3 <i>Flagrante Presumido</i>	25
2.1.2.4 <i>Flagrante Preparado</i>	26
2.1.2.5 <i>Flagrante Esperado</i>	27
2.1.2.6 <i>Flagrante Forjado</i>	28
2.2 Ação controlada na legislação vigente	28
2.2.1 Ação controlada à luz da Lei nº 11.343/06	29
2.2.2 Ação controlada à luz da Lei nº 12.850/13	31
3 A AÇÃO CONTROLADA COMO MEIO INDISPENSÁVEL DE INVESTIGAÇÃO	36
3.1 Casos práticos de ação controlada expostos pela mídia	36
3.1.1 Operação Escorpião	36
3.1.2 Operação IXTAB	38
3.1.3 Operação Quatro Mãos	41
3.2 Teses de defesa utilizadas para invalidar a ação controlada	42
3.3 Ação controlada para o STF	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo mostrar a ação controlada como meio eficiente de obtenção de provas no âmbito do ordenamento jurídico, através de estudos de caso e análise de julgados, visando discutir se a sua aplicação é utilizada de maneira legítima, bem como a necessidade dessa categoria especial de flagrante para o enfrentamento das organizações criminosas.

Primeiramente, antes de nos adentrarmos ao foco principal da pesquisa, será analisado no primeiro capítulo o conceito de organização criminosa, visando esclarecer o que significa esse instituto, bem como a trajetória de sua implementação, iniciando-se com a discussão que norteia o assunto através da Lei nº 9.034/95, antiga lei de organizações criminosas, passando pela Convenção de Palermo, até chegar a uma interpretação conceitual plena por meio da Lei nº 12.850/13.

No segundo capítulo será observado inicialmente, o conceito de ação controlada na vigência da Lei nº 9.034/95, mostrando que se trata de uma categoria especial de flagrante utilizada para a investigação de organizações criminosas.

Diante disso, será mostrado o conceito de flagrante e todas as suas modalidades, para o melhor entendimento de como funciona a ação controlada, assim como a distinção entre essas modalidades, principalmente no que diz respeito ao flagrante esperado e flagrante preparado, que são duas modalidades que podem ser confundidas com a ação controlada, mas que possuem peculiaridades cruciais que os diferenciam do meio de obtenção de provas em análise.

Ainda no segundo capítulo, veremos a ação controlada à Luz da Lei nº 11.343/06, lei de drogas, e também à luz da Lei nº 12.850/13, que é a nova lei de organizações criminosas. O interessante é que em cada uma dessas leis, a ação controlada é apontada de maneira diferente, porém sua aplicação se dá com o mesmo objetivo, o de monitorar o agente criminoso, com o intuito de obter mais provas relacionadas ao crime para que no momento mais propício possa ser feita a prisão em flagrante (MOTA, 2013a).

Por fim, será examinada no terceiro capítulo a utilização da ação controlada como técnica de investigação indispensável para a obtenção de provas, utilizada principalmente pela Polícia Federal em operações importantes, criadas para investigar organizações criminosas que atuam tanto no tráfico de drogas como no contrabando, lavagem de dinheiro e corrupção.

Neste liame, serão mostradas três operações que tiveram repercussão na mídia, realizadas pela Polícia Federal, com a intenção de expor como a ação controlada foi crucial para derrubar a atuação de organizações criminosas de maneira eficaz. Ainda, através de julgados dispostos no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, serão exploradas também, teses de defesa dos membros dessas organizações, utilizadas para contestar a legalidade da ação controlada, que inclusive, teve sua legitimidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

1 O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A finalidade desta pesquisa é mostrar a ação controlada como meio legítimo de combate ao crime organizado. Contudo, é importante mostrar primeiramente o conceito deste instituto, e como ele é visto no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, no Brasil, há divergência entre dois conceitos que norteiam as atividades criminosas realizadas por várias pessoas ao mesmo tempo. O primeiro, expresso no art. 288 do Código Penal, diz respeito à associação criminosa que é a associação de 3 ou mais indivíduos que tem como escopo a realização de atividades criminosas (BRASIL, 1940), mas sem planos, sem qualquer tipo de organização, ou seja, a tipificação da conduta está na intenção dos indivíduos em cometer crimes, e dessa reunião premeditada já há o abalo à ordem pública (MENDRONI, 2015).

Já a organização criminosa, tem como principal requisito justamente a organização, ou seja, há a obediência de regras, a execução de planos e a execução de crimes. A organização criminosa tem a característica estruturante de uma “empresa” – hierarquia, divisão de tarefas -, mas com a finalidade de cometer atos ilícitos (MENDRONI, 2015), o que atesta a característica de estrutura piramidal dessas organizações, que se pauta no caráter hierárquico e empresarial, com a consequente divisão de tarefas a cada membro (SILVA, 2003).

Existem várias ramificações (máfias, tráfico internacional e nacional de entorpecentes, pessoas e armas) e tipificações legais a essa conduta pelo mundo, muito porque há a distinção de conceitos sobre a organização criminosa, e isso ocorre, pela influência criminológica da região, ou seja, cada localidade está sujeita à diversidade e à variação da criminalidade que, com o passar do tempo, naquela localidade, adquire características próprias e difusas de outras organizações (MENDRONI, 2015).

Isso não é diferente no Brasil, que já criou diversas leis especiais tratando do assunto. Porém, através de várias tentativas, só conseguiu uma boa satisfação conceitual na última, a Lei nº 12.850/13, que trouxe o conceito de organização criminosa para o ordenamento jurídico brasileiro em conjunto com a tipificação da conduta, a qual era omissa em leis anteriores, facilitando o entendimento, bem como

o julgamento dos magistrados que analisam a demanda, que tem como fato o presente assunto.

1.1 A antiga lei brasileira de crime organizado – Lei nº 9.034/1995

Primeiramente, em 1989, o então Deputado Federal Michel Temer apresentou o projeto de Lei nº 3.516, ao qual, posteriormente, depois de várias alterações na sua tramitação pelo Senado, foi convertido na Lei nº 9.034/95, primeira lei referente à organização criminosa no Brasil (GODOY, 2011).

Essa lei veio com diversos problemas, em especial, a ausência do conceito de organização criminosa. Antes de ser publicada, ainda como projeto de lei nº 3.516/89, havia a definição de organização criminosa em seu art. 2º, sendo expressa da seguinte forma: "para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional" (SANTOS, 2014).

Contudo, essa definição foi retirada do texto normativo, e por isso a referida lei, após ser sancionada em 1995, não definiu o crime organizado por meio de elementos essenciais, sendo assim, não relacionou condutas que estabeleceriam crimes organizados, e com isso optou por deixar em aberto os tipos penais caracterizadores da organização criminosa, mas de certa forma permitiu que qualquer delito pudesse ser configurado desta maneira (FERNANDES, 1995).

Diante disso, Godoy (2010, p. 56) dispôs que diversos juristas ponderaram sobre a ausência de técnica legislativa na confecção do conceito de organização criminosa, mostrando que o legislador não definiu um sistema que seria interpretado por crime organizado, e com isso, elencou o crime expresso no art. 288 do Código Penal à condição de organização criminosa.

Ademais, Antônio Scarance Fernandes (1995, p.36) situou-se sobre o assunto, informando três raciocínios doutrinários diferentes sobre o conceito de organização criminosa elencados abaixo:

“a) parte da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização; **b)** parte-se da idéia de crime organizado,

definindo-se em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e, normalmente, incluindo-se entre os seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa; **c)** utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados.” (FERNANDES, 1995, p.36, grifo nosso).

Porém, como mostrado anteriormente, o legislador não optou pelas correntes elencadas acima, preferindo desta maneira, deixar a Lei nº 9.034/95, sem definição conceitual sobre organização criminosa, ocasionando alguns problemas quanto à utilização da lei no caso concreto.

Podemos averiguar por sua ementa que a Lei nº 9.034/95 (BRASIL, 1995) “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organização criminosa”. Porém, depois que teve sua aprovação, não houve nenhuma tipificação de organização criminosa e nem a definição de sua conduta, provavelmente pela dificuldade existente na época, em encontrar uma definição plena e que abrangesse as várias manifestações desse instituto (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Em seu texto original, o artigo 1º da Lei nº 9.034/95 mencionava que o certame iria regular os meios de provas, bem como procedimentos investigatórios oriundos de ações de quadrilha ou bando, não mencionando organização criminosa, mesmo tendo como ementa em seu Cap. I a seguinte descrição: “Da Definição de ação praticada por Organizações criminosas e dos meios operacionais de investigação e prova” (BRASIL, 1995).

Esse equívoco gerou bastante dúvida, pelo fato de a própria lei, em diversas passagens, como em seu próprio cap. I e em seus arts. 4º, 5º, 6º e 10º se referirem a este instituto como organização criminosa, o que deixavam os magistrados confusos quanto ao que era realmente uma organização criminosa, e qual era o seu conceito (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Porém, para uma melhor compreensão, o dispositivo do art. 1º veio a ser alterado pela Lei nº 10.217/01 incrementando em sua redação organizações e associações criminosas de qualquer tipo. Contudo, mesmo com a alteração, a definição do conceito de organização criminosa ficou ausente, bem como sua tipificação, uma vez que seus arts. 8º e 9º só mencionam “crimes previstos nesta

lei”, não criando novos tipos penais para organização criminosa (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

A conclusão, por parte da Lei nº 9.034/95, de não tipificar ou conceituar o crime organizado, ocasionou diversas críticas pela doutrina, mesmo possibilitando uma maior flexibilidade no âmbito de aplicação das medidas ali postergadas (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Destarte, é notório o entendimento de que o legislador brasileiro teria optado pela não definição do conceito da referida matéria em Lei Ordinária, porém, com o advento do decreto nº 5.015/2004, que promulgou a Convenção de Palermo, o ordenamento jurídico brasileiro passou a dispor sobre a definição de organização criminosa transnacional, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal se posicionasse no sentido de angariar os critérios do referido certame, para julgar matérias de casos relacionados ao crime organizado (GODOY, 2011).

Neste liame, o tema referente ao conceito de organização transnacional elencada na Convenção de Palermo, será analisado com mais atenção no tópico seguinte, o qual mostrará como esse tratado influenciou para o entendimento de uma definição quanto à organização criminosa, até o advento da Lei nº 12.850/13.

1.2 A Convenção de Palermo

Houve o surgimento de dificuldades, no que tange à natureza transnacional do crime organizado, em relação à instrução processual e investigação criminal, que foram provocadas pelas diferenças de legislação e interpretação da lei penal em vários países, bem como pelos limites das autoridades policiais e também pelas diferenças de idiomas entre as nações (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Diante disso, a ONU realizou uma Conferência Ministerial Mundial sobre o crime Organizado Transnacional, no ano de 1994 em Nápoles na Itália, porém só veio a ser firmada em dezembro de 2000, na cidade de Palermo, e por este motivo passou a ser nomeada como Convenção de Palermo (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

A Convenção de Palermo só entrou em vigor no Brasil a partir de maio do ano de 2003, ratificado por meio do Decreto legislativo nº 231, e depois promulgado por

meio do Decreto. nº 5.015 de 12 de março de 2004, passando a ter força no ordenamento jurídico brasileiro a partir desta data (MARTINS, 2013).

A partir do Decreto nº 5.015 podemos ver pela primeira vez um conceito de grupo criminoso organizado, expresso em seu art. 2º (BRASIL, 2004), conforme se segue abaixo:

“Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;" (BRASIL, 2004).

Neste liame, podemos perceber que a referida convenção sistematizou os crimes originados por organização criminosa, além de ter estabelecido a definição do conceito de “Crime Organizado Transnacional”, firmando deste modo, em diversos dispositivos, normas para a cooperação internacional, bem como previsões legais a serem admitidas pelos países que a receberam (GODOY, 2011).

Podemos destacar também algumas considerações no que tange ao conceito do instituto. A primeira diz respeito ao número de integrantes, que se dá por três ou mais pessoas, um número menor do que o expresso no antigo art. 288 do Código Penal, que conceituava quadrilha ou bando, quando houvesse a reunião de mais de três pessoas. Isso gerou uma certa desproporcionalidade e insegurança jurídica entre as condutas, uma vez que a organização criminosa era um grupo mais estruturado que quadrilha ou bando, porém tinha um número menor de integrantes para sua configuração, de acordo com a Convenção de Palermo (MARTINS, 2013).

Outra consideração importante a ser feita, é a inclusão do termo “existente a qualquer tempo”. Essa expressão deixou a interpretação do dispositivo muito vaga, deixando a cargo do magistrado a definição do decurso do tempo mínimo para que a

reunião entre pessoas para o fim de cometer atos ilícitos de forma organizada, possa ser denominada como uma organização criminosa (MARTINS, 2013)

Houve críticas da doutrina relacionadas à amplitude desse conceito, uma vez que o conceito abarcava várias manifestações da criminalidade organizada, e também por ignorar que grande parte das organizações criminosas não são transnacionais. Porém, foram ressalvados os crimes enunciados na primeira parte do art.3º da Convenção, que tratam da participação em grupo criminoso organizado, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça, independentemente do caráter transnacional, ou seja grupos organizados que atuam dentro do país. Desta forma o conceito de crime organizado transnacional foi utilizado de forma análoga pelos magistrados, para os grupos que não sejam transnacionais (BALTAZAR JUNIOR, 2010).

Diante disso, foi adotado por parte da doutrina e também por vários julgados o amparo do conceito transmitido pela Convenção de Palermo, como suficiente para preencher a brecha deixada pela lei brasileira referente a esse assunto (MARTINS, 2013).

Desta forma, esse é o entendimento José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 155) que se expressa da seguinte forma:

“[...] não há qualquer óbice à utilização, no Brasil, dos conceitos fornecidos pela já mencionada Convenção de Palermo, ao menos para os grupos transnacionais, como já tem sido admitido para fins da admissibilidade das medidas investigativas previstas na Lei nº 9034/95, bem como para o reconhecimento do crime atendente da lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 1º, VIII). Assim é porque o texto foi regularmente incorporado ao ordenamento jurídico nacional, conforme o rito constitucionalmente previsto (CRFB, arts. 21, I; 84, VIII, e 49, I), ostentando por conseguinte, paridade normativa com as leis ordinárias (STF, Ext. 662, Celso de Melo, PL., 28.11.96). O conceito da Convenção já foi utilizado, aliás, na Recomendação nº 3 do CNJ, de 30 de maio de 2006, que trata da especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 155)

Também podemos ver esse entendimento no julgado do Habeas Corpus nº 63.716 – SP, que teve como relatora a Desembargadora Convocada Jane Silva, em que se obteve decisão unânime em desfavor da defesa estipulada para integrantes

de organização criminosa acusados de terem praticado lavagem de dinheiro, nos seguintes moldes:

“[...] E, contrariamente ao que defende a Impetrante, penso que a discussão acerca da existência ou não de definição do que seja organização criminosa já foi inteiramente superada com a adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Nova York, 15 de novembro de 2000), por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, o qual, considerando que o Congresso Nacional havia aprovado, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da mencionada convenção, estabeleceu, em seu artigo 1º, que esta “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Dentre outros objetivos, a convenção pretende a criminalização, nos Estados signatários, da participação em um grupo criminoso organizado, da lavagem do produto do crime, da corrupção e da obstrução à justiça, e, de sorte a uniformizar a terminologia, definiu, em seu artigo 2º, que grupo criminoso organizado é:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. [...]” (BRASIL, 2007. p.7).

Porém, também houve disparidades entre autores e julgados, e uma delas diz respeito ao caráter de tratado internacional da convenção, pelo fato de que por ser desta categoria, não poderia esclarecer penas e crimes na esfera do direito interno, uma vez que o *jus puniendi* de um tratado internacional, deverá ocorrer na área de direito internacional, ou seja, o vínculo deve ser entre indivíduos e organismos internacionais, e com isso não poderá perpetrar sanções no Direito Penal Brasileiro, pelo fato de o vínculo no âmbito interno ser entre os indivíduo e o Estado brasileiro (MARTINS, 2013).

Esse consentimento foi reforçado através do julgamento do Habeas Corpus nº 96.007-SP, em que houve o entendimento pela inaplicabilidade do pressuposto expresso no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98, que taxava a prática de crime realizada por organização criminosa, definindo essa conduta como atípica, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio ainda não constava a definição do instituto organização criminosa, tendo esse conceito mostrado apenas pela Convenção de Palermo, que foi promulgada por meio de simples decreto. Podemos ver esse entendimento em um trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello, expresso da seguinte forma:

“[...] a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empenhado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do artigo 5º da Carta da República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do artigo 1º da mencionada lei, ou seja, o cometimento de um crime para chegar-se à formulação de denúncia considerada prática, esta sim, no que completa, com os elementos próprios a tê-la como criminosa, em termos de elementos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores?

Nota-se, em última análise, que, não cabendo a propositura da ação sob o aspecto da Lei nº 9.613/98, presente o crime de estelionato, evocou-se como algo concreto, efetivo, o que hoje, no cenário nacional, por falta de previsão quanto à pena - fosse insuficiente inexistir lei no sentido formal e material -, não se entende como ato glosado penalmente — a organização criminosa do modo como definida na Convenção das Nações Unidas. Não é demasia salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!” (BRASIL, 2012a, p.9-10).

Outra disparidade foi o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4414-AL, referente à inconstitucionalidade de termos expressos na Lei nº 6806/2007 do Estado de Alagoas, que criou uma vara especializada exclusivamente em processar e julgar delitos praticados por organização criminosa dentro do Estado. O STF deixa claro, através do informativo 667, que o conceito de organização criminosa estipulado nessa lei estadual, bem como a criação de uma tipificação para essa conduta, extrapola seus limites, tornando-se assim inconstitucional, uma vez que apesar de a Convenção de Palermo expor o conceito do referido instituto, o mesmo só poderia ser estipulado por lei federal (BRASIL, 2012b).

Ainda no referido informativo, o Ministro Celso de Mello frisou que convenções internacionais não se habilitariam como fontes formais de direito penal, sendo necessária, conforme dito anteriormente, lei federal para estipular o conceito do instituto organização criminosa (BRASIL, 2012b), mostrando então um

entendimento semelhante ao do Ministro Marco Aurélio Mello no Habeas Corpus nº 96.007-SP, já mencionado.

Sendo assim, é notório o entendimento de que mesmo com a implementação da Convenção de Palermo no Brasil, ainda não estava clara a interpretação do conceito de organização criminosa, uma vez que ainda haviam divergências doutrinárias e Jurisprudenciais, e, por consequência disto, era necessária a criação de lei, ordinária, que detalhasse mais o instituto, bem como expressasse de forma clara a conduta, para que a interpretação e também a implementação da pena não fosse prejudicada.

Diante desses problemas, foi promulgada a Lei nº 12.694/12, que foi a primeira Lei a conceituar organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o conceito foi exposto no artigo art. 2º da Lei nº 12.694 (BRASIL, 2012c) da seguinte forma:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” (BRASIL, 2012c).

Nota-se que o texto é muito parecido com o da Convenção de Palermo, sendo retirado apenas o termo “existente a qualquer tempo”. Porém, mesmo apresentando o conceito do instituto, não caracterizou a organização criminosa como um delito, passível de sanção, desta forma o crime de organização criminosa ainda era inexistente no ordenamento pátrio (MARTINS, 2013), o que fez com que houvesse a necessidade de uma lei mais completa e que sanasse todas as discussões acerca desse instituto.

Assim, o legislador brasileiro se viu na obrigação de criar uma nova lei para as organizações criminosas, com o enfoque de facilitar a concepção do instituto na visão do magistrado que iria julgar a conduta, e com isso foi criada a Lei nº 12.850/13, um grande avanço referente ao tema, que será analisada com mais afinco no próximo tópico.

1.3 O conceito de organização criminosa à luz da Lei nº 12.850/13

A partir da Lei nº 12.850/13, que revogou a antiga Lei nº 9.034/95, o legislador finalmente introduziu o conceito de organização criminosa em conjunto com a tipificação desse crime de alta gravidade social.

O avanço na legislação brasileira foi bastante pertinente, pelo fato de a atuação dessas organizações criminosas no mundo moderno serem bastante complexas, gerando assim uma demanda de punição penal por parte do Estado brasileiro, que precisa de uma estrutura legal mais eficiente para combater os avanços desse fenômeno criminoso (BARBOSA, 2015).

Primeiramente trataremos do conceito que foi expresso no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.850/13:

“Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” (BRASIL, 2013).

O § 1º da referida lei, se inicia dizendo que integram como membros da organização criminosa “4 ou mais pessoas de modo organizado e ordenado, com o fim de obter vantagem de qualquer natureza perante outrem mediante prática de crimes”, caracterizando assim um crime formal, que é consumado mesmo sem a obtenção do resultado na forma de integrar a organização (MENDRONI, 2015).

O dispositivo ainda menciona outros atributos ao conceito, os quais Adriano Mendes Barbosa (2015, p.98) sintetiza muito bem o entendimento de cada um deles, definindo-os da seguinte forma:

“A lei exige que esta associação criminosa há de ser estruturalmente ordenada e caracterizada por divisão de tarefas. Assim, não basta para a caracterização da organização criminosa que haja o mero concurso de pessoas. Para se ter uma *societas sceleris*, nos termos da lei, há de haver animus associativo entre seus membros e é

preciso que ela possua uma estrutura organizacional estável montada com o escopo deliberado de exercer atividades voltadas à prática de infrações penais que possuem penas máximas superiores a quatro anos, ou ainda que tais infrações sejam de matriz transnacional.

No contexto delituoso da associação criminosa, os agentes devem exercer papéis no empreendimento criminoso para a consecução das infrações penais. Ou seja, os membros da organização atuam contribuindo para o desiderato criminoso da organização através de tarefas como planejamento, financiamento, lavagem de capitais, recrutamento de novos membros, infiltração nos órgãos públicos, cooptação de agentes públicos, execução de ações violentas e de grave ameaça como extorsões, lesões corporais, homicídios e ameaças” (BARBOSA, 2015, p. 98).

Deve-se levar em conta também a expressão “vantagem de qualquer natureza”, que tem por objetivo expor o entendimento de que se trata de qualquer tipo de ganho, de benefício ou de lucro em prol da organização, que seja de maneira direta ou indireta, através de atos delituosos que tenham as penas máximas superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional (BARBOSA, 2015).

No que tange à expressão “ou de caráter transnacional”, Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p.25) pondera:

“[...] este termo não transforma todos os crimes praticados por organização criminosa em competência da justiça federal. Aqueles de “Caráter Transnacional” que se amoldem aos dispositivos constitucionais -, especialmente o art. 109, V, da CF, desde que em interpretação lógica e sistemática com demais dispositivos do ordenamento jurídico nacional e internacional, serão da justiça federal. Haverá, entretanto, casos como o de lavagem de dinheiro, que ainda mediante remessas e valores para o exterior, deverão ser correlatos à Justiça Estadual.

Ainda, pelo teor e lógica do dispositivo, quando a organização criminosa for de “caráter transnacional”, não há necessidade de constatação de todos os elencados elementos do tipo. A lógica está no fato de que, em outros Países, não se aplicando esta definição brasileira, mas se necessitando fazer valer a aplicação dos tratados e convenções internacionais, será possível assumir os conceitos estrangeiros – nos âmbitos dos ordenamentos jurídicos de outros Países sobre “organização criminosa”, para processar e punir, nos demais termos desta Lei, os seus agentes, pelas suas ações praticadas em território brasileiro, valendo-se dos respectivos acordos de cooperação internacional.” (MENDRONI, 2015, p. 25).

Tratado o conceito de organização criminosa na nova lei, será analisada a sua tipificação, uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, já que em leis

anteriores o crime organizado não era tipificado como crime, sendo um pressuposto para o cometimento de outros crimes elencados em outros dispositivos.

Diante disso, a tipificação da conduta foi introduzida em conjunto com sua definição, no art. 2º da Lei nº 12.850/13, conforme mostrado abaixo:

“Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes” (BRASIL, 2013).

Percebe-se que os elementos “promover”, “constituir” e “financiar”, expressam formas em que o crime se caracteriza como material, uma vez que se aplicam não apenas aos integrantes da organização, mas também há terceiros que praticam os elementos descritos em prol da organização, mesmo não sendo membros, fazendo com que essas condutas exijam a obtenção de um resultado. Porém, há também no tipo penal a característica de crime formal, quando o dispositivo cita o termo “integrar”, aos integrantes da organização, uma vez que independe de resultado, ou seja, o crime já é consumado apenas com a integração do indivíduo na organização (MENDRONI, 2015).

Portanto, a lei procura proteger o bem jurídico da paz pública, pelo fato de o crime organizado afetar o próprio Estado de direito. A natureza jurídica do instituto é de perigo abstrato, podendo ser tanto um crime formal quanto material, e não admite tentativa, uma vez que deve ser fundamental a confirmação da divisão de tarefas, a estabilidade e a fixação de objetivos desse instituto (MENDRONI, 2015).

Analisada a evolução conceitual de crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como considerações importantes quanto à sua interpretação através do tempo e também a implementação da tipificação da conduta com a nova Lei nº 12.850/13, é chegado o momento de analisar o foco principal da pesquisa, que se trata da ação controlada como meio eficaz de combate a essas organizações que tem como escopo a desordem social.

2 DA AÇÃO CONTROLADA

A proposição de provas e meios de investigação, com o intuito de combater a criminalidade organizada, são essenciais para que uma investigação criminal seja eficiente diante do crescimento da criminalidade (ANSELMO, 2015).

Deste modo, a figura da ação controlada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 9.034/95, com o objetivo de melhorar a obtenção de provas e prolatar dentro da legislação uma forma de flexibilização do momento em que ocorre a prisão em flagrante. Sendo assim, trata-se de uma forma de relativização do art. 301 do Código de Processo Penal, dispositivo que trata da prisão em flagrante (ANSELMO, 2015).

A ação controlada era prevista no art. 2º inciso II da revogada Lei nº 9.034/95, e tem a seguinte redação:

“Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;” (BRASIL, 1995).

Diante do exposto, nas palavras de Rogério Cury (2012, p. 280) entende-se que “a ação controlada também é conhecida como ação prorrogada, retardada ou diferida. Neste liame, quando há prisão em flagrante nesses casos, tal ato é conhecido como flagrante prorrogado, diferido ou de ação controlada”.

A afirmação acima, bem como o dispositivo elencado na antiga lei, leva ao entendimento de que a autoridade policial prorroga o ato de flagrância do delito para o fim de ter uma melhor eficácia quanto à obtenção das provas e também quanto à identificação dos responsáveis pelo crime, com isso, as autoridades que já mantinham um acompanhamento sobre o caso, podem realizar a prisão em flagrante no momento mais propício ao cometimento da infração.

Cumprе salientar também, que de acordo com a interpretação do dispositivo, entende-se que ação controlada só poderá ser instituída quando se tratar de uma

organização criminosa, resultando desta forma na exclusão de presunções quanto a quadrilha ou bando, por não estar presente no dispositivo (CURY, 2012).

A prática da ação controlada, de acordo com a Lei nº 9.034/95, não necessita de exigência de autorização judicial, uma vez que não há previsão legal a respeito, salvo nos termos dos incisos IV e V do art. 2º da referida Lei, que trata da captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e também infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, respectivamente. Embora houvesse divergências doutrinárias quanto ao assunto à época da Lei em comento (CURY, 2012).

Ademais, a Lei nº 9.034/95, como já dito anteriormente, foi revogada integralmente pela Lei nº 12.850/13, ocasionando algumas alterações quanto à prática da ação controlada que serão vistas posteriormente neste trabalho.

A ação controlada é tratada como uma exceção à regra geral da prisão em flagrante (TOLENTINO NETO, 2012) e por este motivo, antes de explorar o conceito deste tema na legislação vigente, é importante entender o que se trata a prisão em flagrante e suas modalidades.

2.1 Flagrante

O art. 301 do Código de Processo Penal Brasileiro expõe que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. De acordo com este dispositivo, Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p.891) traz um conceito simples e geral sobre o flagrante:

“Flagrante, do latim *flagrans*, *flagrantis*, traduz a ideia daquilo que está em chamas, que está crepitando. Daí a expressão “flagrante delito” para significar o delito no momento da consumação. Prisão em flagrante delito é a prisão da pessoa surpreendida no mesmo instante da perpetração da infração” (TOURINHO FILHO, 2014 p. 891)

Deste modo entende-se que o flagrante ocorre quando o agente é interceptado ou por autoridade policial, ou por outra pessoa no momento em que está cometendo o ato ilícito, facilitando assim sua identificação e sua prisão, uma vez que foi pego no ato da ocorrência da infração penal de maneira evidente.

Diante disso, é notório o entendimento de que existem dois sujeitos no flagrante delito, os quais são o sujeito ativo e também o sujeito passivo. No que tange ao sujeito ativo da prisão em flagrante, trata-se da pessoa que vai efetuar a prisão do agente infrator, e conforme o art. 301 do Código de Processo Penal, pode ser qualquer pessoa do povo, independente se for policial ou não, sendo conferido esse direito até mesmo a vítima (COSTA NETO, 2012).

A prisão efetuada por alguém do povo é considerada um flagrante facultativo, uma vez que a pessoa tem direito de escolha de realizar a prisão ou não. Porém se o sujeito ativo se tratar da polícia, o flagrante deverá ser obrigatório, pelo fato de a lei determinar o dever dessa autoridade em realizar o ato. Se houver omissão por parte da polícia na prisão em flagrante, esta deverá responder a sanções administrativas e também a sanções penais, quando a negligência caracterizar delito de prevaricação (TOURINHO FILHO, 2014).

Quanto ao sujeito passivo da prisão em flagrante, é dito no mencionado art. 301 que pode ser qualquer pessoa, ou seja, na parte do dispositivo em que diz “quem quer que seja” fica nítido o entendimento de que o legislador quis atribuir essa modalidade de prisão a qualquer um que estiver infringindo a lei.

Porém, este preceito não é pleno, uma vez que existem algumas imunidades prisionais referentes à essa modalidade de prisão que impossibilita a prisão de pessoas, pelo fato de exercerem funções ou cargos estipulados em lei. Temos como exemplo o Presidente da República, de acordo com o art. 86, § 3º da Constituição; os diplomatas conforme a convenção internacional; os membros do Ministério Público e os magistrados, que apenas serão presos em flagrante se cometerem crimes inafiançáveis; os membros do Congresso Nacional de acordo com o art. 53, §2º da Constituição (COSTA NETO, 2012).

2.1.1 Natureza jurídica da prisão em flagrante

Há divergências doutrinárias quanto à natureza da prisão em flagrante, no que tange à sua característica cautelar. Muito se discute se a natureza jurídica dessa modalidade de prisão é uma medida cautelar ou pré-cautelar.

Contudo, Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p. 895) traz uma visão interessante sobre o assunto, alegando que a prisão em flagrante tem característica tanto de natureza cautelar, como também pré-cautelar, uma vez que há uma complexidade para a implementação da modalidade, e por isso passa pelas duas etapas:

“A prisão em flagrante é medida cautelar, e como toda providência cautelar exige dois requisitos, *fumus boni juris et periculum in mora*, evidente que somente se justifica se houver aparência jurídica de possibilidade de êxito em relação ao indiciado, vale dizer, se o fato for típico, e se houver necessidade, posto seresta o *periculum in mora*, e que no penal se traduz por *periculum libertates*.

Não obstante se trate de medida cautelar (e às vezes pré-cautelar), o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo, levado a efeito, *grosso modo*, pela Polícia Civil, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. Se for o particular, o ato continua sendo administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política. Mesmo que o sujeito que venha a efetiva-la seja o Juiz, estará ele exercendo uma função administrativa e não jurisdicional. Depois de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar.” (TOURINHO FILHO, 2014).

Sendo assim, é possível entender que a interpretação do autor é pertinente uma vez que a prisão em flagrante só se torna medida cautelar após a conversão dessa modalidade em prisão preventiva, justificando-se pela retenção do acusado para ratificar a solução final da demanda, bem como assegurar a ordem pública.

Diante disso, antes da conversão, deve-se estipular à prisão em flagrante status de natureza pré-cautelar, pelo fato de ser um ato administrativo que possibilita uma análise inicial da urgência em manter o criminoso preso para que haja a proteção do resultado processual e também o entendimento de que realmente há a necessidade de efetuar a prisão.

Desse modo, havendo uma prisão em flagrante ilegal, ou seja, um flagrante que foi efetuado com a ausência dos requisitos do art. 302 Do Código de Processo Penal, bem como um flagrante sem necessidade, por ausência do *periculum liberatis* (TOURINHO FILHO, 2014), a prisão deverá ser relaxada, conforme expõe o art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal e também o art. 310, inciso I do Código de Processo Penal.

2.1.2 Modalidades de flagrante

A prisão em flagrante tem como modalidades principais o flagrante próprio, impróprio e presumido, que estão elencadas no art. 302 do Código de Processo Penal, e sustentam divergências peculiares conforme o exposto no dispositivo *in verbis*:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.” (BRASIL, 1941).

2.1.2.1 *Flagrante Próprio*

O flagrante próprio está caracterizado no inciso I, e diz respeito ao flagrante imediato, ou seja, é considerado o flagrante quando o agente for surpreendido no instante do cometimento do delito. Há também a caracterização do flagrante próprio no inciso II, onde o agente é surpreendido no local do crime após o cometimento do mesmo, nesse sentido não há a imediatidade propriamente dita, uma vez que o agente não é pego enquanto pratica o crime, mas quando terminou de cometê-lo.

É evidente a distinção das duas formas de flagrante próprio a partir das palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p.534 – 535):

“[...] apenas a situação mencionada no art. 302, I, do CPP se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do ato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal (art. 302, I).

Mas o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (inciso II), em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como sua autoria.

Ambas as situações são tratadas como hipóteses de flagrante delito, reservando-se-lhes a doutrina a classificação de flagrante próprio.” (OLIVEIRA, 2016, p.534 – 535).

Diante disso, em casos concretos, há o flagrante próprio do inciso I quando uma pessoa é surpreendida agredindo uma outra pessoa, por exemplo. Já o inciso II pode ser exemplificado quando uma pessoa é surpreendida com uma faca ensanguentada enquanto que ao seu lado, existe uma vítima deitada no chão com o peito ensanguentado (TOURINHO FILHO, 2014).

2.1.2.2 Flagrante impróprio

O inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal, exposto anteriormente, traz a modalidade do flagrante impróprio, também conhecido como quase flagrante. Para que se configure o flagrante impróprio, é necessário que haja uma presunção de que o agente cometeu o delito e que após o cometimento se inicie a perseguição, ou seja, há a informação de que a pessoa acabou de cometer um crime, e diante dessa notícia, se inicia uma perseguição à pessoa que provavelmente cometeu esse delito, logo após a informação.

Cumpre salientar, que essa perseguição deve ser imediata, ou seja, deve ocorrer logo após a configuração do crime. Diante deste entendimento, Eugênio Pacelli de Oliveira (2016 p. 535) se posiciona sobre o assunto da seguinte forma:

“A perseguição, como ocorre em qualquer flagrante, pode ser feita por qualquer pessoa do povo (art. 301, CPP) e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado” (OLIVEIRA, 2016 p. 535)

Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p. 899) expõe o mesmo entendimento, afirmando que “para que se caracterize o flagrante impróprio é preciso que haja uma perseguição logo após a prática da infração”.

Porém, não há nenhum dispositivo legal que determine com exatidão em quanto tempo deve ser iniciada a perseguição, e por este motivo a doutrina acaba utilizando o art. 290, § 1º alíneas A e B do Código de Processo Penal por analogia (COSTA NETO, 2012):

“Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço;” (BRASIL, 1941).

Diante do exposto, a iniciação do flagrante impróprio (quase flagrante) deve obedecer às normas do dispositivo elencado acima, e como pode-se observar a execução da prisão pode ser feita em qualquer lugar, mesmo que seja em outro Estado (COSTA NETO, 2012).

2.1.2.3 *Flagrante presumido*

A última modalidade principal de flagrante é o flagrante presumido, configurado no inciso IV do já exposto art. 302 do Código de Processo Penal. O referido inciso também fala em presunção, o que leva ao entendimento de que quem efetuar a prisão não viu o delito sendo cometido, porém através dos materiais encontrados com o acusado, como objetos, armas e papeis relacionados ao crime, pode-se levar a crer que tenha sido ele o agente que cometeu o delito.

Destarte, o flagrante presumido deve ser implementado logo depois do cometimento do crime, não sendo absolutamente imediato e também não ocorrendo horas depois do fato, conforme expõe Fernando da Costa Tourinho Filho (204, p. 900) *in verbis*:

“[...] se ele não for encontrado *logo depois*, com qualquer daqueles objetos, não há que se falar em flagrante. E se for encontrado com um daqueles objetos dez ou doze horas após? Não se pode presumir ser ele o autor da infração. O estado de flagrância perde o seu sentido.

Logo depois e *logo após* têm, obviamente, o mesmo sentido, indicando uma relação de imediatidade. Não de absoluta imediatidade; do contrário a hipótese se enquadraria no inciso II do art. 302.” (TOURINHO FILHO, 2014, p. 900).

Assim, presume-se que o agente cometeu o delito, se nesse caso, for encontrado logo depois, com algum dos materiais elencados no dispositivo citado, mesmo que não haja a perseguição antes de o agente ser surpreendido (COSTA NETO, 2012).

2.1.2.4 Flagrante Preparado

Além das modalidades principais de flagrantes que estão dispostas no Código de Processo Penal, existem também as modalidades relativas, a exemplo o flagrante preparado e o flagrante esperado, que são executados com a intervenção de terceiros (OLIVEIRA, 2016), bem como o flagrante forjado e a ação controlada, que são praticadas pelas autoridades policiais ou por terceiros, e serão analisados posteriormente.

Primeiramente, serão analisados os pressupostos do flagrante preparado, que se trata de um flagrante fundado na ilegalidade conforme a jurisprudência brasileira, uma vez que o autor é induzido a praticar o crime através da ação de um terceiro, chamado também de agente provocador. Diante disso, é prolatado o crime impossível, pelo fato de ser constatada a ineficiência absoluta do meio, (GOMES; SOUSA, 2010) uma vez que o agente provocador institui e prepara o momento do flagrante e, ao mesmo tempo, toma as medidas necessárias para a não consumação do delito, impossibilitando a execução da infração, tornando a conduta um crime ensaiado (COSTA NETO, 2012).

Neste liame, o Supremo Tribunal Federal – STF balizou este entendimento através da Súmula 145 que diz: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

Desta forma, nota-se que o flagrante é um mecanismo utilizado pelo agente provocador, ou seja, sem a intervenção desse agente o crime não poderia ocorrer, e por isso o autor induzido pela autoridade policial ou por qualquer outra pessoa a cometer qualquer tipo de infração, não poderá ser autuado e muito menos preso em flagrante, por se tratar essa modalidade, conforme visto na súmula 145 do STF, crime impossível (COSTA NETO, 2012).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p. 537) traz um exemplo clássico referente a esse tipo de flagrante:

“[...] um empregador, suspeitando da subtração continuada de dinheiro da sua empresa, aciona a polícia e, junto com essa, prepara uma situação na qual seria facilitada a subtração, ao mesmo tempo em que seria impossibilitada a sua consumação, pela ação policial, ali já de prontidão. Chega-se a afirmar que o agente, em tal situação, seria o autor não ciente (ou inconsequente) de uma comédia, dado que o crime não poderia se realizar, em função da atuação da polícia.” (OLIVEIRA, 2016 p. 537).

Neste sentido, o flagrante preparado é considerado plenamente inválido pela doutrina e também pela Jurisprudência (OLIVEIRA, 2016).

2.1.2.5 Flagrante esperado

Outro flagrante que é executado pela participação de terceiros é o flagrante esperado, que embora se confunda com o flagrante preparado, tem divergências pontuais em relação ao mesmo.

Diferente do flagrante preparado onde o pensamento inicial é a suspeita de que provavelmente está ocorrendo o crime e, em razão disso é iniciada uma preparação do flagrante por parte do agente provocador para que a pessoa suspeita seja induzida a cometer o fato delituoso, no flagrante esperado há a certeza que o crime irá ocorrer, uma vez que o que caracteriza esse flagrante é a informação de terceiro à autoridade policial, não havendo então a figura do agente provocador.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p.902) se posiciona quanto às semelhanças e divergências entre o flagrante preparado e esperado, bem como à legalidade deste, da seguinte maneira:

“Quando a autoridade é informada de que alguém vai, em determinado lugar, cometer um crime e, incontinenti, para lá se dirige, tomando a tempo as necessárias providências para que o crime não ocorra, a situação se iguala à do flagrante preparado, pois num e noutro o crime é impossível. Todavia, se a polícia chegar ao local e encontrar o agente praticando atos de execução, não podendo prosseguir em face da pronta intervenção dos agentes policiais, ou se já perpetrar o crime, não se pode negar, no primeiro caso, a figura da tentativa e no segundo, a de um crime consumado. A prisão em flagrante é legal” (TOURINHO FILHO, 2014)

O autor mostra de maneira clara, que o flagrante esperado somente será legal se o agente do crime for surpreendido no momento em que estiver cometendo o ato

delituoso, desta maneira, se a polícia chegar ao local do crime antes que o fato criminoso se inicie, tendo absoluta noção de tudo o que venha acontecer posteriormente, utilizando a vítima como isca para que possa prender o agente denunciado, essa conduta será considerada como flagrante preparado e consequentemente como crime impossível.

Diante disso, fica claro que nesta modalidade de flagrante não ocorre nenhuma preparação nem induzimento à realização de uma infração. Portanto, o que ocorre é o conhecimento por parte da polícia, através de denúncia, que o fato criminoso irá ocorrer, e através disso a ação da polícia é antecipada para que o criminoso seja surpreendido no momento do delito (COSTA NETO, 2012).

2.1.2.6 Flagrante Forjado

O flagrante forjado ocorre quando o agente tenta incriminar outra pessoa se utilizando de métodos ilícitos, como por exemplo, colocar alguma droga ou algum material roubado nos pertences de um cidadão (TOURINHO FILHO, 2014).

Deste modo, atentando-se às palavras de Nilo Siqueira Costa Neto (2012) “forjar significa adulterar ou falsificar, sendo assim podemos conceituar o flagrante forjado como aquele em que a situação de flagrância foi fabricada por terceiro, no intuito de incriminar pessoa inocente”

Ademais, cumpre salientar que esse tipo de flagrante é completamente ilícito, e a pessoa que se utilizar dessa modalidade para prender um inocente, estará sujeito a responder pelo crime expresso no art. 339 do Código Penal, que se trata de denúncia caluniosa, e se no caso o agente forjador for agente público responderá também pelo abuso de autoridade (COSTA NETO, 2012).

2.2 Ação controlada na legislação vigente

Analizada a ação controlada na revogada Lei nº 9.034/95, bem como o conceito, a natureza e as modalidades da prisão em flagrante, é chegado o momento de conceituar a ação controlada na legislação vigente, pautando principalmente a sua eficiência quanto ao enfrentamento das organizações criminosas no mundo contemporâneo.

Como já mencionado no tópico anterior, a ação controlada também é uma modalidade de flagrante. Porém, trata do flagrante mais peculiar de todos, uma vez que é expresso, atualmente, em duas Leis importantes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Ação controlada à luz da Lei nº 11.343/06

Conforme visto na antiga Lei de organizações criminosas (Lei nº 9.034/95), essa modalidade de flagrante só poderia ser utilizada quando se tratasse de ações ligadas a organizações criminosas, onde haveria o retardamento da ação policial, sendo primordial o acompanhamento e observação da atividade criminosa a algum tempo para que o flagrante fosse realizado no melhor momento possível. Na referida lei, como já exposto nesse trabalho, não era necessária a autorização judicial, exceto nos casos dos incisos IV e V do art. 2º.

Segundo Mota (2013a) com o advento da Lei nº 11.343/06 (Lei de drogas), foi determinada mais uma alternativa excepcional de flagrante, onde é tratada a averiguação e o monitoramento do crime de tráfico. Na doutrina, essa averiguação é chamada de entrega vigiada, assunto que já era abordado na antiga Lei de Tóxicos (Lei nº 10.217/01) e que agora encontra-se exposto no art. 53 inciso II da Lei nº 11.343/06, com o seguinte texto:

“Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.” (BRASIL, 2006).

Cumprе salientar que há distinção entre a ação controlada da Lei nº 9.034/95 e a entrega vigiada da lei de drogas, uma vez que a primeira se trata de uma prática de investigação e monitoramento de atividade criminosa relacionada a organizações criminosas de todo tipo, onde há o retardamento do flagrante para que se possa apurar as provas de maneira mais eficiente, não necessitando de autorização judicial. Já a segunda também tem a característica do retardamento da ação da

polícia, porém o flagrante será realizado exclusivamente para crimes relacionados ao narcotráfico, onde a vigilância deverá ser realizada para a análise da circulação de drogas no país, para o fim de incriminar o maior número possível de responsáveis pela prática desse crime, independente de existir organização criminosa ou não (MOTA, 2013a).

Diante disso, a entrega vigiada pode ser considerada como uma categoria de ação controlada, por se enquadrar plenamente no conceito da mesma, embora só seja utilizada para atos relacionados ao tráfico de drogas (MOTA, 2013a).

Outra disparidade entre as duas modalidades se trata da necessidade de autorização judicial, que na ação controlada da Lei nº 9.034/95 não era necessária mas que na entrega vigiada é obrigatória, juntamente com a oitiva do Ministério Público, uma vez que está elencada no art. 53 da Lei nº 11.343/06 (CURY, 2012).

Isso ocorria pelo fato de que cabia à autoridade policial, independentemente de urgência ou não, dirimir a implementação da ação controlada, e não à autoridade judiciária como é no caso da entrega vigiada. Porém, a autorização judicial na Lei nº 11.343/06 se tornou um problema no que tange à urgência da implementação da medida investigatória, pelo fato de que se houver urgência para a utilização da entrega vigiada, essa só poderá ser feita antes da realização do ato, vedando que a polícia inicie a medida antes de ser instituída a autorização pelo juiz, tornando qualquer prova obtida ilícita (MOTA, 2013a).

É notório o entendimento que a autorização judicial é uma medida segura para que o flagrante prorrogado ocorra sem que haja dúvidas quanto à legitimidade do ato, e por isso, a Lei nº 9.034/95 falhou em não estipular essa medida para a realização da ação, uma vez que o flagrante prorrogado, ou ação controlada, poderá ser confundido com outros tipos de flagrante, como o flagrante preparado ou esperado, por se tratar de uma medida de flagrância que não é imediata e que não dispõe de autorização para ocorrer.

Por outro lado, a Lei nº 11.343/95 implementou a autorização judicial para a entrega vigiada, mas falhou em não estipular se em caráter de urgência, essa medida poderia ser dispensada inicialmente para ser homologada posteriormente pelo juiz com a operação em curso (MOTA, 2013a).

As duas leis em comento também apresentaram problemas no que tange à falta de prazo máximo de limite temporal para a aplicação da medida investigatória, levando à interpretação de que não se saberia ao certo quando cessaria a prorrogação do flagrante em situação de ação controlada ou entrega vigiada. Fato este que causa instabilidade jurídica, pelo fato de o momento da intervenção ser estipulado por um juízo de valor feito pela autoridade, deixando uma lacuna para que policiais corruptos, ligados a organizações criminosas, possam retardar esse flagrante para sempre com o intuito de beneficiar os criminosos (MOTA, 2013a).

2.2.2 Ação controlada à luz da Lei nº 12.850/13

A nova lei de organizações criminosas entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro justamente para sanar algumas lacunas deixadas pela antiga lei de organizações criminosas (Lei nº 9.034/95), das quais são destaque: o conceito de organização criminosa, que na antiga lei não era mencionado, e também, uma melhor interpretação do meio de obtenção de provas intitulado ação controlada, ou flagrante prorrogado, bem como uma abordagem mínima sobre o tema da ação controlada para crimes de caráter transnacional.

O tema da ação controlada está expresso no capítulo II, arts. 8º e 9º, da nova lei de organizações criminosas (Lei nº 12.850/13):

“Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.” (BRASIL, 2013).

Observa-se que o conceito trazido pela nova lei, expressa no caput do art. 8º, não se distingue do conceito da lei anterior. Neste liame, Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 180) faz uma interpretação minuciosa do art. 8º nos seguintes moldes:

“Concede-se à polícia o direito de aguardar a oportunidade mais eficiente para atuar, seja prender, surpreender, ou agir, de qualquer forma, de modo que no momento oportuno – segundo a interpretação dos agentes que participam da operação – a situação seja mais favorável para a obtenção de provas.” (MENDRONI, 2015 p. 180).

Cumpre salientar também, que a redação do art. 8º traz a alternativa de que agentes administrativos poderão retardar o flagrante para o fim de melhor eficiência na colheita de provas, no caso de investigação criminal, o que para Pacelli (2014) significa um excesso legislativo, uma vez que a regra do referido artigo deve ser destinada exclusivamente à polícia, por ser a única autoridade com estrutura e aptidão para investigar organizações criminosas.

No que tange ao procedimento da ação controlada, foi exposto no presente trabalho que na Lei nº 9.034/95, não era necessária a autorização judicial para a realização da ação controlada, o que gerava algumas dúvidas quanto à sua implementação. Porém na entrega vigiada, expressa na Lei nº 11.343/06, que é considerada uma categoria de ação controlada (MOTA, 2013a), era obrigatório o mandado judicial, o que também veio a ser um problema, porque em casos de urgência a entrega vigiada não poderia ser implementada, uma vez que precisaria de prévia autorização judicial para ser concretizada.

A Lei nº 12.850/13 tratou de sanar esses problemas, conferindo no §1º apenas a comunicação ao juízo competente sobre a medida de investigação. Assim não terá a possibilidade de desperdício de provas conseguidas em operação urgente. Márcio Adriano Anselmo (2015 p. 213-214) se posiciona sobre o assunto da seguinte maneira:

“Nos parece fora de razoabilidade que o procedimento requeira autorização judicial, uma vez que a depender de tal autorização, correr-se-ia o risco inclusive de perder-se a prisão em flagrante, por exemplo. Assim, entendemos que se trata de uma comunicação ao

juízo competente, em procedimento autônomo, a ser distribuído por dependência aos autos principais.

Questão importante, no que tange a essa comunicação também diz respeito ao momento da mesma, uma vez que a atividade criminosa e, em consequência, a atividade policial, são pautadas por intensa dinâmica. Neste sentido, parece um tanto quanto desarrazoado que a autoridade policial no curso da realização de uma diligência em que o momento da intervenção deva ser retardado por poucas horas, por exemplo, a medida se configure inviável.” (ANSELMO, 2015 p. 213-214).

Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 181) também se posiciona sobre a comunicação judicial, alertando sobre a vedação da medida de investigação se o requisito não for cumprido:

“Em caso de não comunicação prévia acompanhada da autorização, a ação controlada estaria vedada pelo policial e a sua eventual participação/atuação em organização criminosa não terá, até prova em contrário, o possível acobertamento da excludente de antijuridicidade, o estrito cumprimento do dever legal. Assim, com a autorização judicial a excludente torna-se mais visível, ao passo que sem ela a presunção toma sentido contrário, de que o policial tenha atuado criminosamente; a não ser que ele, policial, demonstre o contrário, como por exemplo a inafastável necessidade de sua atuação de emergência, sem tempo hábil ao devido requerimento judicial.” (MENDRONI, 2015 p. 181).

Neste sentido, é notório o entendimento de que a ação controlada, por se tratar de uma medida que necessita de comunicação ao juízo competente para ser realizada, e também por ser uma medida que tenha como característica principal a investigação e monitoramento da organização criminosa por parte da polícia, se diferencia de maneira clara do flagrante preparado (ANSELMO, 2015) e também do flagrante esperado.

Pelo fato de o flagrante preparado se tratar de um flagrante ilegal realizado por um agente provocador. Embora a espera por parte da autoridade policial em realizar o flagrante seja algo em comum entre as duas modalidades, no flagrante preparado o agente prepara toda a situação induzindo a pessoa a cometer o delito o que não acontece na ação controlada (ANSELMO, 2015).

Já no flagrante esperado, a diferença está justamente na ausência de comunicação judicial e no lapso temporal entre a informação e a realização do ato

do flagrante. Assim, a autoridade policial recebe a informação de que ocorrerá o crime, agindo antecipadamente para que possa evitar o ato no momento da ocorrência do delito, não necessitando de comunicação judicial para a realização do feito, enquanto que na ação controlada, através de comunicação ao juízo, a autoridade poderá prorrogar o flagrante para que este seja realizado no momento mais propício, tendo um lapso temporal maior do que no flagrante esperado.

Ademais, em se tratando do limite temporal para o fim da ação controlada, a Lei nº 12.850/13, assim como a sua antecessora também é omissa quanto a esse tema (ANSELMO, 2015), não resolvendo, por exemplo o problema de policiais corruptos que decidem prorrogar o ato do flagrante até o máximo de tempo possível (MOTA, 2013a).

A interpretação do art. 8º, o § 2º expressa que a ação controlada se trata de medida sigilosa, reforçada também no § 3º, que afirma que o acesso aos autos é restrito ao Ministério Público, ao juiz e ao delegado de Polícia para que as operações sejam eficientes. Terminada a diligência, deve ser produzido auto circunstanciado, conforme expõe o § 4º do art. 8º.

Por fim, o art. 9º trata da ação controlada quando esta venha a ser realizada fora das fronteiras brasileiras, a chamada ação controlada transnacional. Márcio Adriano Anselmo (2015 p. 216 – 217) faz considerações importantes sobre esse dispositivo:

“Tal disposição reforça o tema da cooperação internacional na investigação criminal, indispensável para o enfrentamento da criminalidade organizada transnacional. Conforme já afirmamos, “a cooperação internacional em matéria penal passou a ser ferramenta eficaz no enfrentamento da nova criminalidade globalizada, que fixa suas atividades de acordo com a permissividade que os sistemas jurídico oferecem” (ANSELMO, 2012 apud ANSEMO, 2015 p. 217)

“Quanto ao alcance de tal medida, por óbvio, estão excluídas iniciativas que não sejam dotadas de celeridade, tais como as cartas rogatórias e até o auxílio direto. Entendemos aqui caso típico de cooperação policial, a ser realizado no âmbito da investigação criminal.” (ANSELMO, 2015 p. 216-217)

Neste liame, há a cooperação policial entre as duas nações para o fim de que a investigação e o monitoramento possam ser realizados da melhor maneira possível, adotando mecanismos alternativos de cooperação entre os países, não sendo exigidas formalidades para a realização da medida, tendo somente o contato

entre as autoridades como suficiente para a realização da ação controlada (ANSELMO, 2015).

Ante todo o exposto, levando em consideração o conceito de ação controlada, bem como sua diferença quanto a outros tipos de flagrantes, no próximo capítulo serão analisados julgados sobre casos relacionados, em que pese a implementação desse mecanismo de investigação e retardamento da prisão em flagrante, assim como sua legitimidade, afastando entendimentos de que seja uma medida equivalente ao flagrante preparado, que no ordenamento jurídico brasileiro é proibido.

3 A AÇÃO CONTROLADA COMO MEIO INDISPENSÁVEL DE INVESTIGAÇÃO

Esse capítulo tem o intuito de expor a legitimidade e a eficácia da ação controlada como um meio de obtenção de prova eficiente para o enfrentamento das organizações criminosas. Assim, serão utilizados estudos de operações policiais conhecidas pela mídia, bem como teses de defesa que os membros das organizações utilizam para descaracterizar a referida modalidade especial de flagrante.

Diante disso, o estudo de Jurisprudência relacionada aos casos, envolveu o sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal, disposto em <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>, através da ferramenta justiça unificada, onde foi marcada a opção para todos os tribunais. O termo utilizado como palavra-chave foi “ação controlada”, que retornou com o resultado de 65 julgados. Através desses julgados, foram observados os que tinham a ação controlada como mecanismo principal de discussão nas decisões.

O uso desse instrumento de pesquisa, foi primordial para dar celeridade à análise, tornando mais fácil o acesso aos acórdãos. Cumpre salientar que se tratam de dados confiáveis e públicos.

3.1 Casos práticos de ação controlada expostos pela mídia

3.1.1 Operação Escorpião

Trata-se de uma Operação que teve contornos midiáticos em razão da comercialização expressiva de drogas realizadas por organizações criminosas, nas cidades de Ribeirão Preto (SP) e Araraquara (SP), em 2014 (BRASIL, 2014). Para o embasamento da referida operação, serão trazidos dados fornecidos pela Polícia Federal, bem como a utilização dos fundamentos da decisão da Apelação Criminal nº 00056023220144036120 - SP.

A Operação Escorpião se deu pela investigação de organizações criminosas que atuavam no tráfico internacional de drogas. Os integrantes praticavam o comércio de drogas trazidas do Paraguai e da Bolívia (BRASIL, 2014).

As drogas além de serem distribuídas para traficantes que também atuavam no Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul, tinham parte da carga também designada à região de Minas Gerais (BRASIL, 2014).

Conforme dados fornecidos pela própria Polícia Federal, no dia 15 de abril de 2014, através da Operação Escorpião foram cumpridos 43 mandados de prisão preventiva e 52 mandados de brusca e apreensão nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraná, contra suspeitos de integrar as organizações criminosas envolvidas (BRASIL, 2014).

A decisão da prisão dos envolvidos foi proferida pela 2ª Vara Federal de Araraquara – SP (BRASIL, 2014), uma vez que as denúncias da referida operação foram distribuídas a este juízo, pelo fato da concentração das investigações estar, em sua maioria, naquela região (SÃO PAULO, 2016a).

Foi determinado também, o bloqueio de várias contas bancárias pertencentes aos membros dessas organizações (BRASIL, 2014).

A autoridade policial descobriu a existência desses grupos através de interceptações telefônicas e telemáticas que foram deferidas após uma minuciosa inquirição preliminar, atestando então a existência de organizações criminosas em acentuado exercício na região de Araraquara – SP (SÃO PAULO, 2016a).

Diante disso, o flagrante foi prorrogado para poder efetuar a prisão dos envolvidos no momento mais propício, que ocorreu após a decisão da 2ª Vara Federal de Araraquara, caracterizando assim a ação controlada, especificamente nesse caso, na modalidade de entrega vigiada, uma vez que houve autorização judicial nos moldes do já mencionado art. 53 da lei de drogas.

A Apelação Criminal nº 00056023220144036120 - SP, de relatoria do Desembargador Federal Paulo Fontes, da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, diz respeito à impugnação dos réus investigados dentro da Operação Escorpião, sobre sentença proferida na ação criminal de mesmo número, onde mostra exatamente em sua ementa que a referida operação foi autorizada por decisão judicial, para identificar o maior número possível de membros da organização criminosa:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTS. 33, CAPUT, E 40, I, DA LEI N.º 11.343/06. COMPETÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. AUSÊNCIA DE NULIDADES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. RECURSOS NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Atendendo à finalidade das normas de competência, que visam facilitar a instrução do feito (colheita de provas) e evitar decisões conflitantes sobre os mesmos fatos, correta a fixação da competência do Juízo da 2ª Vara Federal de Araraquara/SP, visto que a Operação Escorpião concentra o maior volume de informações a respeito do caso. 2. As interceptações telefônicas e telemáticas foram deferidas após cuidadosa investigação preliminar, que permitiu à autoridade policial concluir pela existência de organização criminosa com intensa atuação na região de Araraquara/SP, estando o procedimento da polícia judiciária de acordo com jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal.

[...]

8. A intervenção policial diferida, por meio da ação controlada, foi autorizada com o fim de se identificar o maior número de integrantes da organização criminosa, sua extensão e forma de atuação, vide decisão judicial que autorizou sua implantação. Mostra-se absolutamente descabida a hipótese de que, uma vez implantada a ação controlada, estaria o Estado anuindo com a prática de delitos durante a constância do procedimento.

[...]

15. Recursos não providos. Sentença mantida integralmente.” (SÃO PAULO, 2016a, grifo nosso)

Nessa operação, a entrega vigiada foi utilizada em conjunto com o meio de interceptação telefônica e telemática, utilizadas para obter mais informações relacionadas às organizações, para que posteriormente, como já mencionado, no momento mais oportuno efetuar a prisão dos envolvidos (SÃO PAULO, 2016a).

Esse caso atesta que o flagrante prorrogado ou diferido, foi um mecanismo de extrema importância para que fosse viável identificar a maior quantidade de membros possíveis dessas organizações, e que consequentemente resultou na prisão de vários dos mesmos, além da apreensão de quantidades significativas de maconha, cocaína, além de armas de fogo (BRASIL, 2014).

3.1.2 Operação IXTAB

Outra operação que teve repercussão na mídia foi a Operação IXTAB. Dessa maneira, também serão utilizados nesse tópico dados fornecidos pela Polícia

Federal, que informam que a mesma deflagrou a referida operação, com o intuito de coibir uma organização criminosa especializada em contrabando de cigarros e lavagem de dinheiro nos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás (BRASIL, 2016a).

Também será utilizado como meio de pesquisa o Habeas Corpus nº 00737527820164010000 – MT, que trata da tentativa de anulação da decisão que negou o pedido de revogação de prisão de um dos membros do primeiro escalão da organização, tendo seu provimento negado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

As investigações referentes à Operação IXTAB se iniciaram em 2015 em consequência da prisão em flagrante de dois membros da organização, que contrabandeavam cigarros do Paraguai para dentro do país. A operação é chamada dessa forma, pelo fato de IXTAB significar o nome de uma deusa maia que era conhecida como a guardiã dos suicidas. Essa comparação se deu pelo fato de que os fumantes cometem suicídio de maneira lenta ao importar esses cigarros ilegalmente do Paraguai (BRASIL, 2016a).

Segundo dados da própria Polícia Federal (BRASIL, 2016a), 175 policiais cumpriram no dia 29 de novembro de 2016, 12 mandados de prisão preventiva, os quais, de acordo com a fundamentação do Habeas Corpus nº 00737527820164010000 - MT de Relatoria do Desembargador Federal Cândido Ribeiro, lograram êxito na prisão de Wilton Sadala Pereira Nunes, Natal Ferreira da Silva e outros quatro membros que eram considerados os principais fornecedores da mercadoria recebida do Paraguai, sem contar com outros 6 membros que também tinham relação direta com a organização. Essa medida foi extremamente importante para que fosse suspensa a atuação da organização, como demonstra o referido julgado:

“[...] c) "os indícios de autoria reunidos indicam o seguinte: (i) EZIO, MULLER, ESTÊNIO, NATAL, REGINALDO e WILTON compõem o primeiro escalão da organização, sendo os agentes que adquirem em elevadíssima escala (sempre aos milhares de caixas, mercadoria geralmente avaliadas em centenas de milhares de reais) cigarros no Paraguai, com auxílio de motoristas e batedores, e com base operacional (imóvel) no Estado de Mato Grosso do Sul para pouso e estocagem durante as viagens, efetuando as vendas no atacado a grandes fornecedores situados em Goiânia e proximidades; ..."; d) "concluo: a prisão de EZIO, MULLER, ESTÊNIO, NATAL,

REGINALDO, WILTON, FLODOMAR, CABELO, KLEBER, EDSON, MOREIRA, e NEGÃO é medida, mais do que necessária, impositiva para que se cesse a atuação da associação criminosa". Essa fundamentação é razoável para a manutenção da cautela preventiva. Trata-se de crime praticado com a habitualidade típica do comércio, de modo que a segregação dos líderes da organização justifica-se pela finalidade de romper a cadeia em sua fonte de financiamento e abastecimento e dispersar os demais componentes." (MATO GROSSO, 2017, p.29-31).

Ainda, foram expedidos 46 mandados de busca e apreensão e 15 mandados de condução coercitiva nos três Estados supra mencionados (BRASIL, 2016a).

Essa decisão só foi possível, através de autorização judicial do Juiz da Seção Judiciária de Barra do Garças para a realização de ação controlada em conjunto com a interceptação das comunicações dos envolvidos, para que no momento certo fossem presos em flagrante, como mostra parte do julgado do já mencionado Habeas Corpus nº 00737527820164010000 - MT *in verbis*:

"[...] a) "o requerente está sendo investigado pela polícia federal de Barra do Garças-MT por suposto envolvimento na prática de crimes de contrabando de cigarros, organização criminosa e lavagem de dinheiro sendo decretado a sua prisão preventiva por este impoluto Juízo (até o presente momento não existe indiciamento formal e nem oferecimento de denúncia)"; b) **"consta do decreto preventivo que a investigação teve seu início após a prisão, em 07/11/2015, do Sr. ANANIAS FÉLIX MOREIRA e sua esposa ocasião em que, a partir daí, passou a realizar diversas diligências policiais (ação controlada) e, com autorização da d. Autoridade coatora foi autorizada a interceptação das comunicações de várias pessoas (aproximadamente 50 pessoas), entre elas do Paciente"; c) "antes de concluir o inquérito policial, foi deflagrada a operação policial denominada Operação: IXTAB, instaurada para apurar o envolvimento de uma grande quantidade de pessoas envolvidas na compra de cigarros fabricados no Paraguai e sua respectiva distribuição e venda, sendo imputado que o Paciente/investigado um daqueles que adquirem cigarros diretamente do Paraguai repassando para os demais envolvidos no referido processo investigatório que comercializavam os produtos na cidade de Goiânia-GO"; d) "em conjunto ao pedido de prisão preventiva a d. autoridade policial requereu várias medidas cautelares de busca e apreensão, sequestro de bens, a ser realizada num só momento (deflagração da Operação), bem como representou pela prisão preventiva de vários envolvidos sendo deferido às fls. 901-927 do processo 2459-97.2016"; e) "o Paciente foi preso em sua residência, na cidade de Goiânia-GO em 29 de novembro de 2016, e conduzido à Delegacia de Polícia Federal em Goiânia-GO, ocasião em que fora colhido o seu depoimento [...], após, o acusado foi recambiado para esta Seção Judiciária de Barra do Garças, estando recolhido na cadeia pública desta urbe." (MATO GROSSO, 2017,p. 29-31, grifo nosso).**

Cumpra salientar, conforme dados da Polícia Federal (BRASIL, 2016a), que é possível perceber que essa organização tinha todas as características abarcadas no art. 1º § 1º da Lei nº 12.850/13, como: estrutura feita de maneira ordenada, divisão de tarefas, bem como o requisito de mais de 4 pessoas como membros do grupo organizado.

Essa organização movimentou cerca de R\$ 20 milhões em virtude da eminente quantidade de cigarros que foram contrabandeados e posteriormente comercializados. O *modus operandi* se dava inicialmente através do contrabando realizado por motoristas e ‘batedores’ que traziam os cigarros do Paraguai para entregar aos grandes fornecedores, que conseqüentemente distribuíam a outros fornecedores menores nos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás. Além disso, ainda existia um imóvel utilizado como base operacional, localizado no Distrito de Vila Vargas, município de Dourados – MS (BRASIL, 2016a).

Diante de todo o exposto no referido caso, constatou-se que através de uma ação controlada, foi possível desmontar toda uma organização de contrabando que movimentava quantidades elevadas de dinheiro de forma ilegal, demonstrando mais uma vez que a ação retardada por parte da autoridade policial em realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, teve um resultado extremamente satisfatório, uma vez que tornou possível a prisão de fornecedores apontados como os cabeças da organização em questão, o que mais uma vez, mostra ser um meio de obtenção de prova eficiente dentro do nosso ordenamento jurídico.

3.1.3 Operação Quatro Mãos

A Operação Quatro Mãos resultou na prisão em flagrante do membro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), João Carlos de Figueiredo Neto, após denúncia do banco Itaú por solicitação de propina em troca de decisão benéfica à empresa, relacionada ao julgamento de um processo administrativo que corre no CARF (AQUINO, 2016).

O procedimento da operação corre em segredo de justiça, e por essa razão não foi possível expor mais detalhes referentes ao caso. Porém o caso teve repercussão na mídia, e por isso foi possível saber que a operação foi realizada por meio de ação controlada, autorizada judicialmente pelo Juiz Federal Marcus Vinícius

dos Reis Bastos da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (BRASIL, 2016b).

A operação foi nomeada dessa forma pelo fato de o investigado ter feito uma proposta inicial de propina à representante da instituição financeira, no sentido de que a criação do voto da decisão fosse feita a “quatro mãos” (BRASIL, 2016b).

3.2 Teses de defesa utilizadas para invalidar a ação controlada

Até o momento não há muitos julgados referentes à impugnação da legitimidade e a implementação da ação controlada, pelo fato de muitos procedimentos sigilosos iniciados através de ação controlada, ainda nem terem sentença penal condenatória. Porém, aos julgados que se adentram ao mérito de impugnar esse meio de obtenção de prova, serão expostas nesse trabalho três teses de defesa utilizadas pelos membros das organizações criminosas para invalidar a ação controlada.

A primeira tese se trata da tentativa de descaracterização do flagrante prorrogado para o flagrante preparado. O Habeas Corpus nº 00132528920164030000 - SP teve acórdão julgado pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região desfavorável ao paciente. Na fundamentação da decisão, o colegiado derrubou o argumento da defesa do paciente, que suscitou ilegalidade na prisão pelo fato de a ação controlada, a qual resultou na prisão do mesmo, se tratar de um flagrante preparado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICABILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. REQUISITOS SUBJETIVOS. INSUFICIÊNCIA. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO. REVOGAÇÃO DE LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. ORDEM DENEGADA. 1. É aplicável o princípio da razoabilidade para a aferição do excesso de prazo para a conclusão do processo criminal. Segundo esse princípio, somente se houver demora injustificada é que se caracterizaria o excesso de prazo (STJ, HC n. 89.946, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.12.07; HC n. 87.975, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.02.08). 2. É natural que seja exigível o preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de liberdade provisória. Contudo, tais requisitos, posto que necessários, não são suficientes. Pode suceder que, malgrado o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não faça jus à liberdade provisória,

na hipótese em que estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva (STJ, HC n. 89.946-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 11.12.07; RHC n 11.504-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 18.10.01). **3. O impetrante pediu a revogação da prisão preventiva do paciente, aduzindo, em síntese, ilegalidades nos sucessivos atos dos quais resultaram a prisão em flagrante do paciente, decorrente de ação controlada, e insuficiente fundamentação das decisões que mantiveram a custódia cautelar. 4. A ação controlada consiste no retardamento da interferência policial, adiada para momento posterior, mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações, medida que não se confunde com o chamado flagrante preparado, vedado consoante a Súmula n. 145 do Superior Tribunal Federal. No caso, a ação controlada foi efetivada sem exceder os limites legais e judiciais. 5. Presentes os indícios de autoria e materialidade dos crimes indicados no auto de prisão em flagrante. 6. Satisfatoriamente preenchidos os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. As circunstâncias do caso e as condições pessoais do paciente dão suporte aos fundamentos do decreto de prisão preventiva, insuficiente medida a ela alternativa. 7. Revogação de liminar anteriormente concedida. 8. Ordem de habeas corpus denegada.” (SÃO PAULO, 2016b, grifo nosso).**

Outro julgado que também teve como tese de defesa a invalidação da ação controlada, descaracterizando-a para flagrante preparado, foi a já mencionada Apelação Criminal nº 00056023220144036120 – SP. O colegiado denegou o recurso do réu que fazia parte da organização criminosa investigada pela Operação Escorpião, e com isso, o referido acórdão rebateu a mencionada tese da seguinte forma:

“[...]7. O monitoramento velado dos supostos integrantes da organização criminosa não exerce influência sobre as ações destes nem os controla ou manipula a fim de que cometam crimes, não havendo que se falar em flagrante provocado.” (SÃO PAULO, 2016a).

Como mostrado no capítulo 2 deste trabalho, sabe-se que flagrante preparado ou provocado, não deve ser confundido com ação controlada, uma vez que na segunda, não há agente provocador, e com isso, a autoridade policial não interfere na atuação do criminoso, somente espera o momento mais adequado de agir com o fito de maior apuração de provas.

Diante disso os julgados supramencionados tiveram boas fundamentações, abordando exatamente esse ponto da matéria, frustrando assim a tentativa de descaracterização do meio de obtenção de prova com a fundamentação de que se trata de um flagrante preparado.

A segunda tese diz respeito à autorização judicial para a entrega vigiada, que também é objeto de impugnação pela defesa dos réus, quando a referida ação é utilizada em conjunto com outros meios de prova.

Diante disso, foi dado parcial provimento, à Apelação Criminal nº 00015389820124036006 – MS, pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Porém, no que concerne à preliminar de invalidade da ação controlada, teve sua alegação negada pelo colegiado, conforme fundamentação do acórdão expressa a seguir:

“PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. DESCAMINHO/CONTRABANDO DE CIGARROS. ARTIGO 334 DO CP. CORRUPÇÃO ATIVA. ARTIGO 333 DO CP. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARTIGO 288 DO CP. IMPORTAÇÃO DE SUBSTÂNCIA DESTINADA AO PREPARO DE DROGA. ARTIGO 33, §1º, I, LEI 11.343/2006. PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL POR INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ, ESTADO DE INOCÊNCIA, DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO: REJEITADAS. PRELIMINARES DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REJEITADAS. **PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DEFERIMENTO DE AÇÃO CONTROLADA REJEITADA.** PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL REJEITADA. MATERIALIDADES DOS DELITOS COMPROVADAS. AUTORIAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA DE MULTA: NECESSIDADE DE GUARDAR PROPORCIONALIDADE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AFASTADA CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE À CONDUTA DE IMPORTAR SUBSTÂNCIA PARA O PREPARO DE DROGA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO ERÁRIO. DECRETO DE PERDIMENTO DE BENS: PREJUDICADO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÕES DOS RÉUS DANIEL E DIONIZIO PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDA. 1. Apelações da Acusação e das Defesas contra a sentença que: a) condenou DANIEL PEREIRA BEZERRA como incurso nos artigos 288, caput; 333 (fato criminoso 1); 334, caput (duas vezes), todos do CP e artigo 33, §1º, I, da Lei 11.343/2006; c.c. artigos 69 e 70 do CP, à pena de 15 (quinze) anos, 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, com início no regime fechado, e 849 (oitocentos e quarenta e nove) dias-multa, no valor unitário de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo; e absolvê-lo da imputação do artigo 333 do CP (segundo contexto fático-delitivo), com fundamento no artigo 386, II e V, do CPP; b) condenou DIONIZIO FAVARIN como incurso nos artigos 288, caput; 333; 334, caput (duas vezes), todos do CP e artigo 33, §1º, I, da Lei 11.343/2006; c.c. artigos 69 e 70 do CP, à pena de 15 (quinze) anos, 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, com início no

regime fechado, e 849 (oitocentos e quarenta e nove) dias-multa, no valor unitário de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo; e absolvê-lo da imputação do artigo 333 do CP (segundo contexto fático-delitivo), com fundamento no artigo 386, II e V, do CPP

[...]

8. Rejeitada a alegação de ausência de deferimento de ação controlada, vez que a decisão de deferimento de quebra do sigilo telefônica contempla a autorização do pedido de ação controlada.” (MATO GROSSO DO SUL, 2012, grifo nosso).

Sabe-se, conforme exposto no capítulo 2 deste trabalho, que a entrega vigiada é considerada uma categoria da ação controlada, que necessita de autorização judicial com oitiva do Ministério Público. Porém, conforme visto no acórdão mencionado, foi contemplada a ação controlada através da autorização da quebra do sigilo telefônico, levando ao entendimento de que os meios de obtenção de provas nesse caso agem em conjunto, ou seja um depende do outro.

Neste liame, entende-se que havendo autorização para interceptação telefônica ou qualquer outro meio de obtenção de prova que auxilia a ação controlada, se configura na autorização da mesma, o que derruba a tese de ausência de deferimento do flagrante especial.

Por fim, a outra tese de defesa, que era utilizada, por membros de organizações criminosas, à época da Lei nº 9.034/95, era que a própria ação controlada se tratava de meio ilícito de prova, e que em consequência disso, as provas obtidas no retardamento da ação de flagrante da polícia eram todas ilícitas, uma vez que à época a referida lei não trazia o conceito de organização criminosa (SÃO PAULO, 2010).

Essa tese foi rebatida no acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou o Habeas Corpus nº 00117710420104030000 - SP, impetrado por paciente que é réu em ação penal demandada após a finalização de uma operação policial que teve como meio de obtenção de prova a ação controlada, conforme podemos ver a seguir:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. DEMORA RAZOÁVEL E ATRIBUÍVEL À COMPLEXIDADE DA CAUSA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO PREVENTIVA: DECISÃO FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS: IRRELEVÂNCIA. TRANCAMENTO DA

AÇÃO PENAL: ALEGAÇÃO: OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO ILÍCITO: IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE "AÇÃO CONTROLADA" PELA INEXISTÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO E TIPICIDADE DO CRIME DE "ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA". INVIABILIDADE: DECRETO Nº 5.015/04: INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO: VALIDADE DA APLICAÇÃO DA DEFINIÇÃO, À LUZ DO ART. 1º DA LEI 9.034/95, COM A REDAÇÃO DA LEI 10.217/01. APLICAÇÃO DA LEI 9.034/95 À REUNIÃO DE PESSOAS QUE CONFIGURE QUADRILHA OU BANDO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

[...]

4 . Paciente réu em ação penal ajuizada após o término de uma operação policial realizada a partir de informações encaminhadas pela Assessoria de Pesquisas Estratégicas do INSS que investigou suposta organização criminosa que agia em vários estados do país, especializada na obtenção, por meios fraudulentos, do benefício previdenciário de pensão por morte. 5 . Ação controlada implementada para que a autoridade policial acompanhasse a atuação de alguns dos integrantes da suposta organização.

[...]

9 . Inviabilidade de trancamento da ação penal sob a justificativa de provas obtidas por meio ilícito pela indevida realização de ação controlada, sob o argumento de inexistência de conceito legal de organização criminosa. 10 . Por meio do Decreto nº 5.015/04, o Brasil incorporou a Convenção de Palermo ao nosso sistema jurídico. Esse tratado não tipificou um crime específico de "organização criminosa", e a Lei nº 9.034/95 não traz as elementares exigíveis e presentes em um tipo penal incriminador. A Jurisprudência e a doutrina consideram como válida a aplicação da definição de organização criminosa, à luz do artigo 1º, da Lei 9.034/95 com a redação dada pela Lei 10.217/01, com a tipificação do art. 288 do Código Penal e do Decreto Legislativo 231/03, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo/Itália, que conceituou a organização criminosa como sendo: "... grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". 12. Diante da ausência de tipificação legal da conduta de "participar de organização criminosa", o Ministério Público tem denunciado os membros de organizações criminosas por formação de bando ou quadrilha para evitar que a conduta criminosa fique sem sanção, como ocorre no caso sob julgamento, em que o paciente foi denunciado pelo crime do art. 288 do CP., dentre outros, não se lhe atribuindo o crime de "participar de organização criminosa". 13 . Considerando que a Lei nº 9.034/95 é aplicável também à reunião de pessoas que configure quadrilha ou bando, como dispõe o artigo 1º da referida Lei, não há que se discutir se a ação controlada gerou uma prova ilícita, eis que é perfeitamente possível sua realização tanto nos casos em que se investiga uma organização criminosa,

assim definida na Convenção de Palermo, quanto na investigação de uma quadrilha ou bando, não havendo ilicitude nas provas obtidas com a sua realização e conseqüente constrangimento ilegal. 14 . Ordem denegada.” (SÃO PAULO, 2010).

Diante do exposto no capítulo 1 deste trabalho, realmente existiam problemas, na legislação, quanto ao conceito e a tipificação do crime de organização criminosa, aos quais foram amplamente discutidos pela doutrina e jurisprudência.

Porém, de acordo com o julgado supracitado, enquanto existia a ausência conceitual do instituto, a jurisprudência e a doutrina validavam o art. 1º da Lei nº 9.034/95 com a redação alterada pela Lei nº 10.217/01, para a conceituação de organização criminosa, bem como a Convenção de Palermo e a tipificação da conduta, embasada no art. 288 do CPP.

Atestando que a operação foi realizada para desestruturar uma organização criminosa, não se pode argumentar pela ilicitude da ação controlada, uma vez que o conceito e tipificação eram abarcados por outros certames legislativos.

Contudo, pela complicação da referida matéria, foi promulgada a Lei nº 12.850/13 que conceituou a organização criminosa, conforme visto também no capítulo 1 desta pesquisa, o que pôs fim à discussão e a brecha que a lei permitia para a defesa dos integrantes dessas organizações.

3.3 Ação controlada para o STF

O Supremo Tribunal Federal se posicionou quanto ao tema da ação controlada através do Habeas Corpus nº 102.819-DF, e não concedeu a ordem, ao qual tinha como objetivo conseguir a nulidade de provas obtidas por meio de escuta ambiental adquiridas em uma operação de ação controlada. O acórdão foi proferido pela 1ª Turma, no ano de 2011, ainda no período de vigência da Lei nº 9.034/95, e teve como Relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

Assim como a Apelação Criminal nº 00015389820124036006 – MS analisada no tópico anterior, a ação controlada foi realizada em conjunto com outro meio de obtenção de prova, que é a escuta ambiental. De acordo com Mota (2013b): “Na escuta ambiental, terceira pessoa capta sons ou imagens provenientes de duas ou mais pessoas, tendo uma delas conhecimento da atitude do interceptante”.

No acórdão do Habeas Corpus nº 102.819-DF, a 1ª Turma indeferiu o pedido da defesa, que alegava que as escutas por meio de escuta ambiental realizadas em conjunto com o flagrante prorrogado eram ilegais por terem sido feitas por agente criminoso, o que tornaria ilegítima a ação controlada, conforme mostrado na decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio *in verbis*:

“DECISÃO INQUÉRITO – DILIGÊNCIAS – SIGILO AFASTADO – PUBLICIDADE – HABEAS CORPUS – LIMINAR – INDEFERIMENTO.

[...]

Diz que, mediante “ação controlada”, haver-se-iam cometido ilícitos em detrimento do paciente e da persecução criminal, pois a autoridade coatora teria autorizado “a preparação para a ocorrência de crime, para que um terceiro viesse a praticar flagrante delito ou cometer um crime na fase inquisitorial”. Acentua que, “ao montar ações controladas”, o aparelho do Estado, o membro do Ministério Público Federal e a autoridade policial atuam com irresponsabilidade ao preparar “um agente do crime, o Sr. Durval Barbosa Rodrigues”, para gravar, filmar e ouvir conversações nas dependências do gabinete por ele ocupado, com aparelhos colocados em vestimentas, a fim de que terceiros viessem a cometer crime e fossem apanhados em flagrante delito.”

[...]

Assevera, por isso, a ilegalidade dos atos praticados em virtude da “ação controlada”, pois a medida foi tomada sem que houvesse fato criminoso determinado. Ao contrário, a autoridade coatora veio a praticar ato autorizativo em favor da Polícia para que, em comum acordo com um dos agentes do crime, Durval Barbosa, pudesse promover as gravações de vídeo ou a chamada “captação ambiental de vídeo e/ou áudio”, usando o próprio corpo do agente do crime para produzir provas das alegações lançadas nos termos de declarações. Em face desses indícios, o paciente se vê submetido a investigação policial, instruída com gravações em vídeos cuja autenticidade estaria a depender da análise do Instituto Nacional de Criminalística.” (BRASIL, 2011^a, 143-146).

A partir do entendimento do STF não há o que se falar de ilegalidade das escutas ambientais, uma vez que houve monitoramento da autoridade policial no momento da implementação do meio de obtenção de provas por escuta ambiental. Neste liame, o Ministro Luiz Fux assegurou que toda a ação foi realizada em conformidade com a Lei nº 9.034/95, conforme informativo 622 do STF que dispõe o que foi decidido no Habeas Corpus nº 102.819-DF:

“A 1ª Turma indeferiu habeas corpus no qual pretendida a decretação de nulidade de provas colhidas por meio de escuta ambiental em ação controlada. Alegava a defesa que tais provas

teriam sido obtidas ilicitamente. Reputou-se não haver ilegalidade na denominada “ação controlada” e depreendeu-se, do contexto fático, que está ocorrera visando à elucidação de fatos aptos a consubstanciar tipo penal, procedendo-se em prol da coisa pública. O Min. Luiz Fux salientou que as provas teriam sido colhidas de acordo com o previsto no art. 2º, II e IV, da Lei 9.034/95 e que a sua nulificação atingiria completamente o inquérito, instaurado em prol da moralidade administrativa e do bem público” (BRASIL, 2011b).

Quanto à legitimidade da ação controlada como meio eficaz de repressão ao crime que prejudica a paz social, o Ministro Marco Aurélio, ainda em decisão monocrática do Habeas Corpus nº 102819 - DF se posiciona da seguinte maneira:

“2. O termo “ação controlada” mostra-se ambivalente. Depreende-se do contexto que esta ocorreu visando a elucidar fatos que poderiam consubstanciar tipo penal. É sempre difícil esclarecer-se procedimentos que discrepam do dia a dia da boa administração pública. Na maioria das vezes, são escamoteados e, surgindo elementos capazes de levarem à elucidação, deve-se acioná-los, procedendo-se em prol da coisa pública. Sob o ângulo do sigilo, notem a tônica dos atos investigativos e judiciais. Tem-se o interesse na prática à luz do dia, na prática que viabilize o acompanhamento da sociedade. Daí constituir princípio básico da administração pública a publicidade no que deságua na busca da eficiência – artigo 37 da Constituição Federal. Sopesem valores, observando-se que o coletivo sobrepõe-se ao individual.” (BRASIL, 2011^a, p.149).

O STF reconhece a ação controlada como meio legítimo de combate à organização criminosa, também em conjunto com outros meios de prova, quando adequados de maneira correta aos dispositivos da antiga Lei nº 9.034/95, e também, por se adequar a valores para o bem da coletividade que sempre se sobrepõe a valores individuais.

Cumprе salientar que esse entendimento foi exposto antes do advento da Lei nº 12.850/13 que adequou a ação controlada ao ordenamento jurídico de uma forma mais satisfatória, e também trouxe outros meios de obtenção de provas que podem auxiliar no flagrante prorrogado, como a colaboração premiada e a melhor exploração do agente infiltrado por exemplo.

CONCLUSÃO

Através deste trabalho de pesquisa, é possível mostrar a ação controlada como um meio de obtenção de provas de extrema eficiência, que colabora de maneira satisfatória para o combate às organizações criminosas em todos os seus níveis hierárquicos.

Essa técnica se dá pelo retardamento da ação policial, possibilitando uma maior coleta de provas no que diz respeito ao *modus operandi* desses grupos, resultando na prisão de muitos membros relacionados, principalmente os “cabeças” que lideram todas as ações das organizações. Esse é o principal objetivo do flagrante prorrogado, coletar provas para que posteriormente seja possível desestruturar a organização criminosa por completo.

Diante disso, foram trazidos ao presente trabalho operações bem sucedidas realizadas pela Polícia Federal, que inclusive tiveram repercussão na mídia, a exemplo da Operação Escorpião, que desmontou todo um esquema de tráfico de drogas em Araraquara – SP, assim como as Operações IXTAB e Quatro Mãos, a primeira foi responsável por desestabilizar uma organização criminosa que atuava no ramo do contrabando de cigarros, movimentando quantidades elevadas de dinheiro de forma ilegal, e a segunda apurou um esquema de corrupção dentro do CARF a qual ocasionou a prisão de um de seus membros.

Essas operações resultaram na prisão de várias pessoas envolvidas com o crime organizado, e na apreensão de diversos materiais utilizados para a realização desses crimes, bem como na queda das próprias organizações criminosas investigadas, o que realmente mostra que esse meio de obtenção de prova bastante relevante.

Destaca-se também, que a ação controlada é utilizada em conjunto com outros meios de obtenção de provas, principalmente através de interceptação telefônica e ambiental, o que possibilita um laudo probatório vasto, com capacidade de justificar a propositura de ação penal contra os membros infratores desses grupos, bem como fundamentar decisões favoráveis à repressão dos mesmos.

Ainda, foi explorada a legitimidade desse meio de obtenção de provas, através de julgados que tiveram como tese de defesa a tentativa de ilegalizar a ação

controlada, como por exemplo, a descaracterização do flagrante prorrogado para flagrante preparado, o que é um absurdo, uma vez que o segundo se trata de flagrante realizado de forma ilegal por auxílio de um agente provocador na prática do crime, o que não ocorre no primeiro.

Ademais, foi visto que se a ação controlada for realizada de maneira correta, obedecendo a legislação que a rege, sem haver fundamentação suficiente para sustentar sua ilegalidade, será uma técnica legítima. Levando em consideração que até o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua legitimidade, e a sua importância para a ordem social, visando manter sempre o bem da coletividade.

Por fim, chega-se à conclusão de que a utilização do flagrante prorrogado é imprescindível para a garantia da ordem social, e com a promulgação da Lei nº 12.850/13, ainda foi obtida uma maior segurança jurídica para essa medida, uma vez que agora necessita de prévia comunicação judicial para ser realizada, o que não ocorria na Lei nº 9.034/95, que gerava discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, com exceção da entrega vigiada, abarcada pela Lei nº 11.343/06, que precisava de autorização judicial.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. Da ação controlada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (orgs.). **Organizações Criminosas: teoria e hermenêutica da Lei nº 12.850/2013**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2015. P 207-226.

AQUINO, Yara. **Polícia Federal prende conselheiro do Carf em Operação Quatro Mãos**. Agenciabrasil. Brasília/DF. 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-07/policia-federal-prende-conselheiro-do-carf-em-operacao-quatro-maos>>. Acesso em: 21. Mar.2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e a Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARBOSA, Adriano Mendes. Da organização criminosa. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (orgs.). **Organizações criminosas: teoria e hermenêutica da Lei nº 12.850/2013**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2015. P. 81-136.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145**. “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso 02 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de maio de 1995** . Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm > Acesso 28 set. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, Código Penal Brasileiro**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso 19 junho 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 63.716-SP. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Carmosino de Jesus. Relator: Min. Jane Silva. Brasília, 28 de novembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=741610&num_registro=200601652364&data=20071217&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 96.007-SP. Primeira Turma. Pacientes: Estevan Hernandes Filho; Sonia Haddad Moraes Hernandes. Impetrante: Luiz Flávio Borges D'urso Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de junho de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 667**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4414/AL. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 24 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo667.htm> Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm Acesso em: 04 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 102819 / DF. Primeira Turma. Paciente: Pedro Marcos Dias. Impetrante: Arggeu Breda Pessoa de Mello. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623513>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 622**. Habeas Corpus. HC 102819/ DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 08 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo622.htm>. Acesso em: 24 mar.2017.

BRASIL. **Operação Escorpião combate tráfico internacional de drogas em 5. Estados.** Araraquara. 2014. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2014/04/operacao-escorpio-combate-trafico-internacional-de-drogas-em-5-estados>> Acesso em: 19 mar. 2017.

BRASIL. **PF combate organização criminosa que contrabandeava cigarros.** Cuiabá. 2016. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/11/pf-combate-organizacao-criminosa-que-contrabandeava-cigarros>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BRASIL. **Operação Quatro Mãos prende conselheiro do CARF no DF.** Brasília. 2016. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/07/operacao-quatro-maos-prende-conselheiro-do-carf-no-df>> Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência unificada. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em: 19 mar. 2017

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Prisão em flagrante: natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3387, 9 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22769>>. Acesso em: 30 out. 2016.

CURY, Rogério. Procedimento investigatório e de produção de provas. In: MESSA, Ana Flávia; GUIMARÃES, José Reinaldo (coords.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 276-287.

FERNANDES, Antônio Scarance. O crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**, v. 3. São Paulo: RT, 1995.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal**. São Paulo: Elsevier, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Carregador Flagrante preparado e esperado: diferenças**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 02 de setembro de 2010. Acesso em: 09 nov. 2016.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26108>>. Acesso em: 01 out. 2016.

MATO GROSSO. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus. HC 0073752-78.2016.4.01.0000/MT. Quarta Turma. Impetrantes: Leonardo André da Mata, Larissa Alves Canedo. Impetrado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Barra do Garças – MT. Paciente: Sigiloso (réu preso). Relator(a): Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://edj.trf1.jus.br/edj/bitstream/handle/123/190615/Caderno_JUD_TRF_2017-01-16_IX_6.pdf?sequence=1>TRF1>. Acesso em: 20 março 2017.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal. ACR nº 0001538-98.2012.4.03.6006/MS. Primeira Turma. Apelantes: Justiça Pública, Daniel Pereira Bezerra, Dionizio Favarin. Apelado: Os mesmos. Co-réus: Claucir Antonio Reck, Marcos Cavilan Favarin, Robson Antonio Sita. São Paulo, 07 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4866646>> Acesso em: 23 março 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. São Paulo: Atlas S.A, 2015

MOTA, Luig Almeida. A ação controlada como instrumento investigatório. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 08 abr. 2013a. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42794&seo=1>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

MOTA, Luig Almeida. O fenômeno da interceptação ambiental. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 16 abr. 2013b. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42988&seo=1>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal. 20. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal. 18 Ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014

SANTOS, Daniel Lin. Organizações criminosas: conceitos no decorrer da evolução legislativa brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4013, 27 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28484>>. Acesso em: 17 out. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal. ACR nº 0005602-32.2014.4.03.6120/SP. Quinta Turma. Apelantes: Justiça Pública, Ailton Barbosa da Silva, Michael Willian de Oliveira, Fernando Fernandes Rodrigues. Apelados: Wellington Luiz Facioli. Absolvidos: Marcelo Thiago Viviani, Edinei Pereira Carvalho, Dilson de Carvalho, Dimilton de Caralho. Relator(a): Desembargador Federal Paulo Fontes. São Paulo, 5 de

dezembro de 2016. Disponível em:
 <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5657320>>. Acesso em:
 19 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região Habeas Corpus. HC 0013252-89.2016.4.03.0000/SP. Quinta Turma. Impetrante: Marcelo Gonzaga. Paciente: Jonni Tavares. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara de Guarulhos. Investigados(as): Rafael Rodrigues Tavares, Thiago Siqueira de Oliveira, Thais Fernandes Teixeira. Relator(a): Desembargador Federal André Nekatschalow. São Paulo, 10 de outubro de 2016. Disponível em:
 <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5550207>> Acesso em: 21 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas Corpus. HC nº 0011771-04.2010.4.03.0000/SP. Segunda Turma. Impetrantes: Aparecido José de Lira, Maria Lucia dos Santos Gallinaro. Paciente: Jorge Luiz Ferreira Margarido. Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo/SP. São Paulo, 27 de julho de 2010. Disponível em:
 <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/759912>>. Acesso em 24: mar. 2017.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; GUIMARÃES, José Reinaldo (coords.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50 a 67.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**: volumes 1 e 2. 15. Ed., revista de acordo com a Lei n. 12.850/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014